

BOEKENRECHT EN GEWOONTERECHT:
HET ROMEINSE RECHT IN DE ZUIDELIJKE
NEDERLANDEN OP HET EINDE
DER MIDDELEEUEWEN *

Rond 1430 werden de meier en de schepenen van het Sint-Pietersdorp bij Gent, d.i. de heerlijkheid van de aloude Sint-Pietersabdij aldaar, voor een probleem geplaatst waar ze geen raad mee wisten ¹. Voor deze belangrijke vierschaar, zelf hoofd van een aantal rechtbanken in andere heerlijkheden van de abdij, verscheen als eiser Rogier De Draeyer, monnik van de abdij, vergezeld van een gerechtelijke voogd (*metgaders eenen dyngheleken vooght*), een raadsman (de advokaat Jan De Backer) ne een taalman, en voorzien van een volmacht om voor de abdij in rechte op te treden. Deze eiser, „her Roegeer den Draeyere, religieus, muenc ende pietanchier van den cloestere van Sente-Pieters”, was als pitancier ² verantwoordelijk voor de voedseldistributie in de abdij en liet zich als dusdanig ook in met beheer en toezicht op bepaalde bronnen van inkomsten; hieronder was de kriekerij, een erf van de pitancie dat we verder zullen ontmoeten. Als clericus optredend voor het wereldlijk gerecht, moest hij zich doen vertegenwoordigen door een voogd, de *dyngheleke vooght* van ons vonnis. Hij vroeg dat hem „naer

* Onze bijzondere dank gaat naar drs. L. Milis die ons heeft bijgestaan bij de studie van het handschriftelijke materiaal in het Rijksarchief te Gent, dat verder wordt aangehaald.

¹ De tekst van hun vonnis, gedateerd 4 oktober 1431, waaraan we onze gegevens ontleen, is uitgegeven door D. BERTEN, *Coutumes de la seigneurie de Saint-Pierre-lez-Gand*, Brussel 1905, n° X, p. 80—89. Deze uitgave is niet steeds correct; de door ons hieruit geciteerde passussen werden verbeterd op basis van het origineel (Gent, Rijksarchief, Fonds S. Pieters, 1^e serie, n° 1655). Jammer genoeg is het ons onmogelijk geweest inzage te krijgen van een dokument betreffende de hoofdvaart van de schepenen van Sint-Pieters naar de schepenen van Gent, dat vroeger bij het gezegelde origineel van het vonnis der schepenen van Sint-Pieters was gevoegd. BERTEN heeft het afgedrukt, geheel of gedeeltelijk (p. 86, n. 1) en het was vóór enkele jaren nog in het Sint-Pietersfonds aanwezig. Toen we het begin 1966 trachtten te zien, kon het niet gevonden worden. Het vonnis wordt, niet zeer accuraat, geanalyseerd in A. VAN LOKEREN, *Chartes de Saint-Pierre*, n. 1655, II, Gent 1871, p. 192.

² Zo in A. VAN LOKEREN, *op. cit.*, n° 1685, II, p. 212, stuk van 12 augustus 1437: „religieux ende aelmoessenier te S. Pieters”. Rekeningen van R. De Draeyer worden bewaard voor de jaren 1430—1432 in de reeks Rekeningen van de Pitanciers, Gent, Rijksarchief, Fonds Sint-Pieters, 1^e reeks, n° 1688—1690.

costume van den vornoemden heerschepe", d.w.z. volgens het gewoonterecht van de heerlijke schepenbank van het Sint-Pietersdorp „banpuerge ende sueverynghe" zou worden toegestaan van een stuk grond, geheten de Kriekerij, gelegen in de nabijheid van de abdij en behorend tot de dienst van de pitantie.

De purge of zuivering is een procedure waardoor de eigenaar of verkrijger van een goed gerechtelijk laat vaststellen dat het hem onbetwist toebehoort en vrij is van alle zakelijke rechten. Wanneer na een voorgeschreven aantal uitroepingen geen derden verschijnen om aanspraak te maken op enig zakelijk recht, wordt het goed door het gerecht voor „gezuiverd" verklaard. Deze procedure wordt bijzonder goed beschreven in de costume van Veurne van 1615, één der volledigste en best opgestelde Vlaamse gewoonterechten. We lezen er (LXII, 1) onder de titel *Van Purgen ende Suyveringhe van Wetten*: „Soo wie begeert te suyveren ende purgieren te wetten gronden van erfven, huysen ofte erfvelicke onlosselicke renten, van schulden, servituten, renten oft andere reele lasten, die jemant op de selve gronden, huysen ofte onlosselicke renten soude mogen pretenderen, ende die indien voorgaenden coop oft andere acquisitie niet bekendt en souden syn, sal hem tot suyveringe vande selve gronden, erfvelicke onlosselicke renten of huysingen, tallen tyden, als het hem goedt dincken sal (mits alvooren namptierende de penningen van den coop, daer coop is), tsynen coste mogen voorsien van letteren van purge, doende uyt cracht van diere by deurwaerder van wapenen condigen by dry sondaeghsche kerckgeboden voor de deure vande prochiekercke, daer de vornoemde goedingen gestaen ende gelegen syn, na de hoogmisse, aen alle de goen die eenich recht souden willen pretenderen op de selve goedingen, dat sy sulcx teenen prefixen dage wettelick te kennen commen geven ende heesch maken, op pene van verlies ende privatie van het selve haerlieder recht ¹."

¹ L. GILLIODTS-VAN SEVEREN, *Coutumes de la Ville et Châtellenie de Furnes*, II, Brussel 1896, p. 262. Zie voor het Franse gewoonterecht op dit stuk de verwijzingen sub v° *purge des droits réels* in de index van OLIVIER MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 dln., Parijs 1922—'30. Een interessant Rijsels geval van oppositie tegen een purge-procedure om reden van renten komt voor in een vonnis van het Parlement van Parijs van 23 december 1484 (Parijs, Arch. Nat., X^{la} 119, f° 157^v—159) op een appél tegen de schepenen van Rijsel en de Raad van Vlaanderen. We hopen dit *jugé* binnenkort te publiceren als n° 547 in onze uitgave van de *Arrêts et Jugés du Parlement de Paris sur appels flamands* (Kon. Com. v. d. Uitg. der Oude Wetten en Verord. v. België), die thans in druk is.

Om de ligging van de Kriekerij te kennen, kunnen we de oude plattegronden van het Sint-Pietersdorp consulteren. Ze laten toe ons een vrij duidelijk beeld van de situatie te vormen. De abdijkerk van Sint-Pieters stond niet ver af en ten westen van de tamelijk steile oever van de Schelde. Dicht bij de abdijkerk en ten noorden ervan stond de parochiekerk van O.L. Vrouw. De grond van de pitantie, met name in de kaart aangeduid, lag langs de Schelde, ten oosten van de O.L.Vrouwkerk¹. In deze buurt vindt men wel een boomgaard, doch een kriekerij wordt er niet met name vermeld. Wel is er een kaart die een kriekerij vermeldt, doch op een al te grote afstand van de Schelde en de pitantiegroond om met de kriekerij van ons proces te worden geïdentificeerd²).

De eis van de pitancier werd ingewilligd en nadat de gebruikelijke maning in het openbaar, 's zondags in de kerk, was gedaan, verscheen hij weer ter vierschaar en herhaalde zijn aanspraak op de volle en onbelaste eigendom van voornoemde kriekerij, met uitzondering van een recht van doorgang voor twee met name genoemde erven. Op dat ogenblik verscheen een zekere Jacob Tornoey, vergezeld van raadsman, taalman en borg(en), om ten gevolge van de uitroeping van de purge aanspraak te maken op een recht van doorgang voor een ander, bebouwd erf, palend aan de kriekerij van Sint-Pieters en geheten de priesterage van Sint-Nicasius; deze doorgang liep naar de Schelde toe, dwars doorheen de kriekerij van de pitantie. Deze Jacob Tornoey had in (een kapel van) de kerk van O.L.Vrouw een officie gesticht ter ere van Sint-Nicasius en had die stichting onder meer begiftigd met een huis, bestemd voor de priester belast met het officie, vandaar de naam van het erf: de priesterage van Sint-Nicasius. De eis van Tornoey om erkenning van „eenen wech ende borreganc” was dus een aanspraak op een erfdienstbaarheid van doorgang die aan een bepaald erf doorheen een ander erf de toegang tot water, i.c. de Schelde, moest verzekeren³.

¹ Gent, Rijksarchief, Fonds Kaarten, n° 263. De *pitancie*, een vierkantig stuk grond tussen de O.L.Vrouwkerk en de Schelde, is ook goed aangeduid in kaart IV van een plattegrond van Gent uit 1534 (*La Ville de Gand en l'an 1534*, facs. door A. HEINS, tekst van V. VAN DER HAEGHEN, Brussel 1896). Andere geconsulteerde kaarten in het Fonds Kaarten op het R.A. zijn de nrs. 206, 253, 259, 265, 293, 972 en 1035, alle uit de XVIe-XVIIIe eeuw.

² Kaart n° 205.

³ Zie VERWIJS en VERDAM, *Middelnederlandsch Woordenboek*, sub *vís borneganc* en *bornewech*; STALLAERT, *Glossarium van verouderde rechtstermen*, v° *bornewech*.

We staan hier voor zeer oude vormen van erfdienstbaarheid, ook in het Romeinse recht waren de erfdienstbaarheden van weg en waterleiding de oudste der *servitutes praediorum rusticorum*, de landelijke erfdienstbaarheden. J. Tornoey beriep zich op vreedzaam bezit gedurende „10 jaer 10 daghe, 20 jaer 20 daghe, 30 jaer 30 daghe”, d.w.z. op de verkrijgende verjaring van 30 jaar, een *praescriptio longissimi temporis*. Hij voegde eraan toe dat hij voor deze zeer lange verjaringstermijn „gheen en titel van possesse schuldich was te nommene” en dit was volkomen juist: volgens het Romeinse recht, waar deze *praescriptio longissimi temporis* vandaan komt, werd inderdaad voor deze laatste geen *justus titulus* vereist¹. Hij verklaarde nadrukkelijk het eigendomsrecht, de *ervachtichede*, van de pitancie op de kriekerij te erkennen, maar hij eiste dat de priesterwoning „haren wech ende borreganc forseit” zou behouden. De monnik-pitancier ontkennde het dertigjarige bezit van de tegenpartij niet, hij argumenteerde echter dat dit bezit van dertig jaar niet kon worden ingeroepen tegen de Sint-Pietersabdij: tegen kerken kon men, volgens hem, slechts na honderd of tenminste veertig jaar de verjaring inroepen: „so wie bi possesse recht ofte weghe vercrighen sal up der kerken erve die gheamortiseert² es of prescriptie van tide, dat dat sal zijn ende es sculdich te sine posses van 100 jaren of ten mintsten van veertich jaren”.

Hij had volkomen gelijk: sinds keizer Anastasius in de late 5e eeuw was de *praescriptio longissimi temporis* tegen kerken op veertig jaar gebracht, bepaling die in het Justiniaanse Corpus is overgenomen. De pitancier wist dus goed wat hij deed toen hij zegde dat, indien de door hem ingeroepen bepaling werd betwijfeld (want het ging hier om het recht, niet om de feiten), hij een onderzoek door deskundigen eiste, waaruit zou blijken dat de door hem ingeroepen regel inderdaad recht was: „hi leyde daer af vermet in clercken of meesters van ghescrevenen rechte dat dat gescreven recht es”.

Hiermee had hij de schepenen in een lelijk parket gebracht:

¹ Zie PH. GODDING, *Courtes et longues prescriptions aux XIIe et XIIIe siècles, principalement en Brabant* (Hommage au Professeur P. Bonenfant, Brussel 1965, p. 151—167).

² Door amortisatie werd wereldlijk goed tot goed in de dode hand, d.w.z. kerkelijk goed gemaakt. Het geamortiseerd goed veranderde van juridische aard: van leengoed of vrij erve werd het kerkgoed, *elemosina*, en hing voortaan af van het kerkelijk recht. Bij de amortisatie moest een belasting worden betaald aan de wereldlijke overheid.

deze praktizijnen stonden nu plots voor romeinsrechtelijke regels van prescriptie, termijnen, titel, en hun toepassing. Men vroeg hen daar uit wijs te geraken. Het was te veel gevraagd, niet zozeer wegens de gecompliceerdheid van het geval, dan wel omdat zij geen Romeins recht kenden en bovenal omdat iets dergelijks zich voor hen nog nooit had voorgedaan. Voor rechters die recht spraken volgens gewoonte en precedent was dit een uitzichtloze toestand. De schepenen stelden hun vonnis uit en nog eens en dan nog eens, ze geraakten er niet wijs uit „mids dat alsulcke vermete van ghescrevenen rechten voer dien tyt voer hemlieden niet comen en waren en schepenen van Sente-Pieters daer af gheene costume en hebben, so en waren si der saken niet vroet”!

Ze gingen dus ten hoofde, nl. bij de schepenen van de stad Gent. Het hoofdvonniss werd gegeven en kwam hier op neer dat aan de pitancier werd toegestaan door beroep op geleerde juristen zijn stelling te bewijzen. Dit gebeurde, vijf experts werden gehoord, Meester Jan van Culsbrouc, Meester Lieven van den Huffele, Meester Gillis van Lennoet, Meester Joris Nevelync en Meester Zeger Wuerem, en hun uitspraak was even beslissend als juist: zij vonden in het geschrevene recht „dat so wie servituut of recht bi possessie ghecrighen ofte hebben sal up der kerkken erve, dat dat sal syn ende es schuldich te sine posses van veertich jaren of daer boven, al waert kerke jeghen kerke ofte leec jeghen kerke”. Hiermede was het pleit beslecht en het vonnis werd dan ook in het voordeel van de pitancier geveld, geakteerd en bezegeld op 4 oktober 1431.

De terminologie van dit stuk verdient onze bijzondere aandacht. De romeinsrechtelijke termen spelen er een geringe rol. Dit is bijzonder interessant omdat men precies in een proces over eigendom en zakelijke rechten als erfdiensbaarheden de termen van het geleerde recht zou kunnen verwachten en ook omdat de schepenbank van Sint-Pieters helemaal geen klein, obscuur, afgelegen plattelandsgerecht was. Waar met alle scherpte het eigendomsrecht van de abdij, dat men niet ontkende, werd gecontrasteerd met de erfdiensbaarheid, waarop men aanspraak maakte, werd alleen de costumiere terminologie gebruikt: men stelt *ervachticheid* tegenover *recht*, *wech* of *recht van wege*, niet „eigendom” tegenover „servituut”¹ — dit laatste woord

¹ „Wel verstaende dat hi (= J. Tornoey) der pietanchen kende de ervachtichede vander vorseide krikerye, behouden der priesterage haren wech ende borreganc vorseit” (p. 54).

duikt pas later op, wanneer het rapport van de geleerde juristen wordt vermeld. Daartegenover staat dat De Draeyer (of zijn advocaat) wel de geleerde terminologie blijkt te kennen in verband met de bezitstheorie, zie termen als *posses*, *termine* en *titel van posses*, *paysivel posses*, *sonder titel vercrighen* en *prescriptie van tide*; in de mond van een kerkelijke pleiter die zich op het kerkelijke recht beroept is dit weinig verrassend.

Kan men zich een interessantere tekst voorstellen: in volle 15e eeuw wordt de belangrijke vierschaar van het Sint-Pietersdorp door het beroep op een elementair instituut uit het Romeinse en kerkelijke recht in de war gebracht: de schepenen zien er niet klaar in, ze kennen dat recht niet, het is geen costume, het is nog nooit voorgekomen. Na herhaalde uitstellen moeten ze elders raad halen en zelfs de stadsschepenen van Gent wagen het niet ten gronde uitspraak te doen: ze wijzen dat deskundige „meesters” dienen te worden geraadpleegd. Zo was het nog in de 15e eeuw, zo was het sinds eeuwen. Ontelbare generaties rechters, schepenen of leenmannen, hadden recht gesproken volgens het traditionele, autochthone gewoonterecht en als ze al eens werden opgeschrikt door een beroep op de „loyen”, de „cleerkeleke rechte”¹ of de „leges Romanae”, dan „waren zij es niet vroed” en moesten zich onbevoegd verklaren.

Wie deze Gentse tekst uit de 15e eeuw leest denkt onwillekeurig aan een ander geval, dat zich zes eeuwen vroeger en in de Loire-streek had voorgedaan en dat ons bekend is door een omstandig verhaal in de *Miracula Sancti Benedicti*: ook daar waren de rechters, die gewoon waren volgens het Frankische gewoonterecht te vonnissen, radeloos wanneer ze verzocht werden, in een proces tussen kerken, volgens Romeins recht uitspraak te doen: „cum litem in eo placito finire nequirent, eo quod Salicae legis iudices ecclesiasticas res sub Romana constitutas lege discernere perfecte non possent” — ook in dit 9e-eeuwse geval werd het proces aan anderen overgemaakt en werd op mensen gerekend die Romeins recht kenden². Hoezeer het

¹ De uitdrukking komt voor in het aangehechte stuk, vermeld in BERTEN, *op. cit.*, p. 86, n. 1.

² Proces om een aantal *mancipia*, gevestigd in Gâtinais, tussen de abdijen van Fleury (Saint-Benoît sur Loire) en Saint-Denis uit 818—840, in ADREVALD, *Miracula Sancti Benedicti*, c. 25 (uitg. O. Holder-Egger, M.G.H., SS. XV, 1, 1887, p. 490). Het proces was eerst door een aantal rechters uit de streek behandeld onder voorzitterschap van twee *missi dominici*, Jonas,

gewoonterecht in die eeuwen ook was geëvolueerd en hoe belangrijk de studie van het Romeinse recht ondertussen ook was geworden, in de gewone rechtbanken was de toestand principieel onveranderd gebleven: de schepenen spraken recht volgens gewoonte en precedent, de plotse inroeping van Romeins recht, als de oproeping van een geest uit een andere wereld, bracht verwarring en bevreemding.

De Zuidelijke Nederlanden waren in de Tweede Middeleeuwen — de periode van de 12e tot de 15e eeuw, die, hoe „middeleeuws” ze nog was, toch zulke enorme vooruitgang had gemaakt in vergelijking met de „Dark Ages” — het toneel geweest van een buitengewone maatschappelijke ontwikkeling ⁷². Vorstelijk gezag en stedelijke activiteit waren de pijlers van een eigen-aardige en merkwaardige civilisatie. Het recht was met de samenleving geëvolueerd, het had zich aangepast aan de nieuwe vereisten van het maatschappelijk leven en de intellectuele vooruitgang. Doch het nieuwe recht bouwde voort op het aloude gewoonterecht en het was zelf costumier recht, geleidelijk en organisch gegroeid, sterk wortelend in regionale en lokale toestanden, behoeften en taal. Geleerd „klerkenrecht” kon men gerust overlaten aan het bijzondere wereldje van professoren en officialen; voor de bevolking in haar geheel, voor wie schepenen en leenmannen de dragers van het levende recht waren, waren de *exceptio Divi Hadriani* en de *exceptio senatusconsulti Vellejani* irrelevante wezens uit een irreële wereld. Het gewoonterecht was voor de grote massa der bevolking het recht zonder meer, het recht dat haar dagelijkse bezigheden regelde.

Het lijkt ons nuttig hier even bij het begrip gewoonterecht stil te staan. De zaak is inderdaad helemaal niet zo eenvoudig als ze er op het eerste gezicht uitziet. „Gewoonterecht is een

bisschop van Orleans, en Donatus, graaf van Melun. Wegens de besluiteloosheid van de rechters besloten de missi het proces naar Orleans over te brengen, in de hoop daar *iudices* te vinden die Romeins recht kenden. Recentste commentaar: F. L. GANSHOF, *Een kijk op de verhoudingen tussen normatieve beschikkingen en levend recht in het karolingische rijk*, Brussel 1965, p. 7 vv. (Kon. Vl. Acad. Wetensch., Meded., XXVII, 2).

¹ De historici geven er zich meer en meer rekenschap van dat de Middeleeuwen tot en vanaf de 12e eeuw twee verschillende historische perioden zijn, die men onmogelijk nog als één middeleeuwse tijd kan beschouwen. Een eigen benaming voor deze twee tijdvakken van de traditionele Middeleeuwen is nog niet gebruikelijk, vandaar dat we voorlopig de neutrale benaming aanwenden van „Eerste” en „Tweede Middeleeuwen”. Men vergelijk met de uitdrukking *premier* en *second âge féodal* van Marc Bloch.

rechtsgewoonte die door ononderbroken vreedzame toepassing gedurende langere tijd dwingende kracht heeft gekregen, en dit in tegenstelling met recht dat uit wetgeving of rechtspraak voortspuit" — ziedaar een mogelijke, voor de hand liggende definitie; ze kan wellicht de jurist bevredigen, doch is ontoereikend voor de historicus die meer diepgaand begrip zoekt. Het zou o.i. historisch juister zijn, te zeggen dat gewoonterecht was hetgeen de mensen van de tijd als gewoonterecht beschouwden en aanvoelden, het mocht dan nog langs wetgevende weg zijn ingevoerd, bijv. door vorstelijke keuren en privileges of stedelijke ordonnances. Aan de definities van het gewoonterecht die we bij de auteurs van de tijd aantreffen hebben we niet veel, want ze zijn ontleend aan Romeinse of kanonieke teksten, die zelf teruggaan op auteurs uit de Oudheid, vnl. Cicero. Het is een wet van elementaire historische kritiek zich door dergelijke ontleningen niet te laten misleiden. Wat de mensen als gewoonterecht aanvoelden was het recht dat organisch gegroeid was, stuksgewijs, steeds voortbouwend op ouder autochtoon materiaal, op de stevige sociale grondslag van de eigen samenleving.

We hebben duidelijke voorbeelden van rechtsregels waarvan wij, moderne historici, de wetgevende oorsprong zeer precies kunnen aanduiden, maar die toch door de tijdgenoten als costumier recht, als costume werden beschouwd. In 1953 heeft onze Brusselse collega J. Gilissen, in een artikel gewijd aan Wet en Costume, hierop de aandacht gevestigd. Hij citeerde daarbij een voorbeeld uit de stad Ieper, waaruit duidelijk blijkt hoe een rechtsregel die van wetgevende oorsprong was als een regel van het stedelijke gewoonterecht werd beschouwd. Inderdaad, een stadsordonnantie of schepenvoorbod van 9 september 1293 besliste, dat voortaan bastaarden zouden begrepen zijn in de zoen die na een vete tussen twee families werd gesloten. Deze regel werd letterlijk opgenomen in de costume van 1535 en wel als een regel van het gewoonterecht: „Item by der costume, alle bastaerden zyn ghevanghen inde assurancien en ghiselscepe ende zijn schuldich te deelene in den zoene van haren maech”¹.

De analyse van bepaalde rechtsteksten uit de tijd van de Vlaamse graaf Filips van de Elzas doet aan het licht komen dat rechtsregels die als de optekening van de bestaande costume van een bepaalde stad werden voorgesteld, in feite nieuw recht

¹ J. GILISSEN, Loi et Coutume, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXI (1953), p. 275.

14 hebben geïntroduceerd. In 1157—'63 heeft de stad Atrecht van graaf Filips van de Elzas een stadsprivilege ontvangen waarvan de titel luidt: „Talis est lex et consuetudo quam cives Attrebatenses tenent”. Naar de titel te oordelen zou men zich kunnen verwachten aan een optekening van enkele punten uit het aloude gewoonterecht van de stad, doch de studie van die rechtsregels wijst net op het tegenovergestelde: we staan inderdaad voor een zeer recent en voor die tijd zeer vooruitstrevend recht, dat een ware breuk met tal van oeroude en primitieve regels en opvattingen betekende¹. Dit is trouwens niet zo bevreemdend indien men zich ontdoet van de al te verspreide opvatting dat alle costumen zeer oud waren en het gewoonterecht immobiel: de gewoonte kon lang immobiel blijven, ze kon zich echter ook verrassend vlug aanpassen. Wij weten bijv. uit Galbert van Brugge dat de nieuwe graaf van Vlaanderen in 1127 aan de Bruggelingen uitdrukkelijk het recht had verleend om vrijelijk hun gewoonterecht te verbeteren en aan te passen: „ut potestative et licenter consuetudinarias leges suas de die in diem corrigerent et in melius commutarent secundum qualitatem temporis et loci”².

15 Dit kon zelfs zover gaan dat bepaalde regels van romeins-rechtelijke oorsprong als costume werden beschouwd of voorgesteld, indien ze maar voldoende geïntegreerd waren in de praktijk van een gegeven gebied of rechtbank of indien men ze

19 ¹ Uitg. van de keure van Atrecht van 1157—1163 in G. ESPINAS, *Recueil de documents relatifs à l'histoire du droit municipal, Artois*, n° 107, I, Parijs 1934, p. 268—272. Het probleem van de Vlaamse grafelijke wetgeving in de 12e eeuw verdient systematisch en in zijn geheel bestudeerd te worden. Sinds het academiejaar 1964—'65 wijden we er te Gent een reeks post-graduate seminaries aan.

13 ² GALBERT VAN BRUGGE, *De multro... Karoli comitis Flandriarum*, uitg. H. Pirenne, Parijs 1891, c. 55, p. 87. Men vergelijkte dit met de vredeskeure van Sint-Amands van 1164, op aanvraag van abt Hugo verleend door graaf Filips van de Elzas, waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat de abt van Sint-Amands aan de wetbepalingen van de *pax* mag toevoegen of wijzigen of eruit mag schrappen indien dit nuttig is: „Verum huic paci quicquid ad meliorationem visum fuerit proficere licebit abbati adicere, detrahare et mutare” (art. 19, uitg. H. PLATELLE, *La justice seigneuriale de l'abbaye de Saint-Amand*, Parijs-Leuven 1965, p. 433) (de abt van de abdij van Sint-Amands was heer van de agglomeratie, maar de graaf van Vlaanderen was voogd van de abdij). Zo ook staat graaf Boudewijn IX op 5 mei 1199 aan de schepenen van Sint-Omaars toe hun recht te verbeteren: „iuri preterea suo quicquid voluerint ad emendationem ville superaddant, salvo iure meo et ville” (W. PREVENIER, *De oorkonden der graven van Vlaanderen (1191—aanvang 1206)*, II, Brussel 1964, n° 104, p. 224).

effectief wilde zien toepassen. Belangwekkend is bijv. het proces van de collegiale kerk van Saint-Piat te Seclin tegen Jacques d'Olhain, heer van Estaimbourg, en Jean Boucault, zijn baljuw te Gondecourt, dat heeft geleid tot een vonnis in appél van het Parlement van Parijs uitgesproken op 14 augustus 1469. Jacques d'Olhain en zijn baljuw, die verweerders waren, riepen de veertigjarige verjaring in tegen Saint-Piat, doch ze beriepen zich daarbij noch op Romeins recht (nooit een verstandige zet voor iemand die in het Parlement van Parijs pleitte, zeker niet indien het al te openlijk gebeurde), noch op kerkelijk recht, zoals ze terecht hadden kunnen doen, ze beriepen zich integendeel op genoemde verjaring als een regel van het gewoonterecht van de Zaal van Rijsel, de leenrechtbank van de kasselrij „medio consuetudinis aule seu castellanie de Insula per quam quilibet possessor qui de aliquo jure seu dominio semper uti et gaudere consueverat, si per 30 annos contra privatum et per 40 eciam contra ecclesiam super eodem jure vel dominio inquietari non poterat”. Merkwaardig Rijsels gewoonterecht voorwaar, deze voorschriften van Anastasius en Justinianus! ¹. Maar nog eens, het technische probleem van de herkomst van de regel — wetgeving, rechtspraak, rechtsleer — was van minder belang dan de incorporatie van de regels in de structuur van het levende, in het raam van het organisch groeiende gewoonterecht: als het maar niet een vreemde en onverteerbare massa geleerd boekenrecht was! Doch hierover verder.

Een andere treffende tegenstelling is deze tussen gewoonterecht en geschreven recht. De tegenstelling werd door de middeleeuwers zelf onderstreept, die voor het geleerde recht de benaming *jus scriptum*, *ghescrevene rechten* gebruikten. En het is inderdaad zo dat in de Zuidelijke Nederlanden het gewoonterecht tot op het einde der Middeleeuwen in zeer grote mate ongeschreven recht is gebleven, allerlei verdienstelijke exposés van en commentaren op het gewoonterecht niet te nagesproken: de homologatie der costumen is een fenomeen van de 16e eeuw en nog later ². Hoe was deze toestand uit te leggen? De vraag

¹ Vonnis van het Parlement van Parijs van 14 augustus 1469 (Parijs, Arch. Nat., X^{1a} 101, f° 153—155v), de publicatie van dit vonnis is voorzien als n° 527, in dl. II van onze uitgave der Parijse vonnissen op Vlaamse appels, zie p. 13, noot 1. Gondecourt en Seclin: arr. Rijsel, dép. Nord; Estaimbourg: arr. Doornik, prov. Henegouwen.

² Recentste studie: J. GILISSEN, *La rédaction des coutumes en Belgique aux XVIe et XVIIe siècles* (La Rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Brussel 1962), p. 87—111.

18 dient gesteld, want de nadelen van een ongeschreven recht zijn patent: in de eerste plaats de onwetendheid omtrent wat recht is en de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid die de negatie is van een rechtsorde.¹ Indien men de historicus een verklaring vroeg voor deze middeleeuwse stand van zaken, zou hij wellicht wijzen op het algemene kulturele peil, dat aan het geschrift een geringere rol toebedeelde dan in meer ontwikkelde maatschappijen; wellicht zou hij ook wijzen op het feit dat de buitengewone verscheidenheid der regionale en lokale costumen het beschrijven van dit recht tot een bijna hopeloze opdracht maakte: men moest inderdaad een juridisch genie zijn om in die enorme verscheidenheid de essentiële principes te onderscheiden, ofwel een monster van geduld om ze allemaal tot in de details op te sommen en neer te pennen.

De middeleeuwse schrijvers zelf hebben zich soms de vraag gesteld. Eén van de interessantste antwoorden vinden we in de anonyme *Tractatus de legibus et consuetudinibus Anglie*, gekend onder de naam „Glanvill”, naar Rannulf de Glanvill, een koninklijk *justiciarius* uit de tijd van Hendrik II van Engeland. De auteur, die schrijft in 1187—’89, stelt zich de vraag waarom het Engelse recht, dat volwaardig recht is, al is het ongeschreven, zoals hij met nadruk verklaart, niet in boeken beschreven staat zoals het Romeinse. Zijn antwoord is interessant en verschilt niet zo sterk van wat wij zelf als uitleg konden suggereren. Hij roept vooreerst de „ignorancia scribentium” in, de onwetendheid van de schrijvers. Een dubbelzinnige uitleg, die waarschijnlijk niet zo zeer betekent dat zij die konden schrijven onwetenden waren, maar wel dat de algemene onwetendheid zo groot was dat zeer weinigen (Latijn) konden schrijven — of kan de auteur hebben gezinspeeld op de onbekendheid met het Romeinse recht? Verder zegt de auteur dat de „multitudo confusa” van de Engelse rechtsregels het onmogelijk maakt het recht van zijn land op schrift te stellen: „Leges autem et iura regni scripto universaliter concludi nostris temporibus omnino quidem impossibile est, tum propter scribentium ignoranciam tum propter eorumdem multitudinem confusam”². Toen de auteur deze lijnen in zijn Proloog neerschreef, had hij het *Prooemium* van Justinianus’ Instituten naast zich of althans in het geheugen,

1 Zie J. GILISSEN, *La Preuve de la coutume dans l'ancien droit belge* (Homage au Professeur P. Bonenfant, Brussel 1965, p. 563—594).

2 G. D. G. HALL, *The treatise on the laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill*, Londen 1965, p. 3.

want de aanvang van zijn *Prologus* komt letterlijk overeen met de aanvang van dit *Prooemium*. Dit moet het contrast tussen de „ignorancia” van zijn eigen tijd en de toestand te Konstantinopel ten tijde van Justinianus wel bijzonder scherp hebben doen uitkomen, want in het *Prooemium* van de Instituten spreekt Justinianus precies ook van de *sacratissimae constitutiones antea confusae*, de voorheen verwarde massa van keizerlijke constituties die hij in volkomen harmonie heeft gebracht, en heeft hij het over de *immensa prudentiae veteris volumina*, de ontzaglijke boekdelen der oude rechtsgeleerdheid, die hij ook (in de *Digesten*) tot een geordend geheel had laten verenigen, een „hopeloze onderneming, als het ware midden over een oceaan van moeilijkheden gaande, thans met de bijstand des hemels volbracht”.

In de 12e eeuw was aan een vergelijkbare onderneming in Europa nog niet te denken, pas eeuwen later zouden in een aantal landen uit een confuse menigte van rechtsregels de codificaties van het gewoonterecht worden opgebouwd. Doch wanneer dit gewoonterecht werd gehomologeerd, had het een organische ontwikkeling van meerdere eeuwen achter de rug, waardoor het mijlen ver verwijderd was van het primitieve Germaanse gewoonterecht uit de vroege Middeleeuwen. Comparatief bekeken is op een bepaald niveau van ontwikkeling deze overheersing van het gewoonterecht een zeer courant verschijnsel, het volgt het „algemeen menselijk patroon”, om met wijlen prof. Romein te spreken.

Doch terwijl in de Zuidelijke Nederlanden, zoals in zovele andere landen, het gewoonterecht zich organisch aan het ontwikkelen was in funktie van de maatschappelijke behoeften, de intellectuele vooruitgang en praktische consideraties, was een ander corpus van rechtsregels aan het groeien, werd een heel ander rechtssysteem ontwikkeld, op basis van boeken uit de Oudheid en boekencommentaar van geleerden en klerken. Ditmaal staan we voor een afwijking van het „algemeen menselijk patroon”, want het is op universeel vlak gezien niet de normale lijn van groei en ontwikkeling van een recht. Het Romeinse recht van de Middeleeuwen was een boekenrecht *stricto sensu*: zijn essentieel element was de verzameling boeken waarin keizer Justinianus het hele recht van Rome had samengevat. Het was ook boekenrecht in een bredere zin, aangezien het in de Middeleeuwen verder ontwikkeld werd in studeerkamer en collegezaal, bij middel van geleerd commentaar op geleerde boeken. Uiteindelijk is deze zeer eigenaardige ontwikkeling een gevolg van

de aard zelf van de middeleeuwse civilisatie, die een dochter-civilisatie was, een afgeleide beschaving; ze was een erfgename van de Oudheid en heeft dit nooit vergeten. Het gevolg was de heerschappij van bepaalde gezaghebbende teksten uit de Oudheid, die als de waarheid golden en waarop grootse constructies door glossatoren en commentatoren vanaf de 12e eeuw werden opgetrokken, zowel op theologisch-filosofisch en wetenschappelijk als op juridisch gebied. Wat kon verder staan van de ontwikkeling van het levende gewoonterecht dan de activiteit van deze beperkte kring van klerken, die op basis van de dode teksten van een voorbijge maatschappij een juridisch systeem opbouwden, dat althans aanvankelijk niet eens beweerde enige relevantie te hebben voor de eigen samenleving? Boekenrecht was het ook in die zin dat de commentaar was toegespitst niet op praktische rechtsproblemen, maar op tekstuitleg, bij middel van de welbekende technieken van de scholastiek. En vergeten we niet dat voor de gewone man het milieu der klerken, waar het Romeinse recht floreerde, een wereldje apart was, dat ontsnapte aan de jurisdictie der gewone rechtbanken en aan de greep van de gewone ontvanger van de belastingen.

Is het niet merkwaardig dat die twee zo verschillende rechtssystemen, gewoonterecht en Romeins recht, zich naast elkaar en tegelijkertijd langs zo verschillende lijnen hebben ontwikkeld, in eenzelfde civilisatie en toch zo ver van elkaar alsof ze tot twee verschillende werelden behoorden? Het is pas met de Commentatoren in de 14e eeuw dat de civilisten zich voor de praktische toepassing in eigen tijd zijn gaan interesseren. En wat de massa der bevolking in de Zuidelijke Nederlanden betreft, voor haar was het Romeinse recht tot volop in de 15e eeuw een gesloten boek. Wat was het recht voor de overgrote meerderheid der mensen? Het waren de regels die men ontelbare malen in allerlei omstandigheden en meestal zonder verder nadenken volgde, die desnoods door vonnis van schepenen of leenmannen werden bekrachtigd, die men toegepast vond in de ontelbare akten en registers van de vierscharen, groot en klein; het waren de regels die gekend en soms beschreven waren door de praktijzen, taalmannen en raadslieden van alle slag, ijverige verzamelaars van modellen van akten en van precedenten van vonnissen. Voor de mensen van de tijd was dit levende gewoonterecht tegelijk dwingend en soepel, vast en evoluerend, alom tegenwoordig en toch nauwelijks het voorwerp van beredeneerde en systematische ontleding; als sociaal fenomeen was dit recht

vergelijkbaar met de taal die de mensen spraken en de aloude geneesmiddelen die ze aanwendden. Niemand had het toch in zijn hoofd gehaald om bijv. de levende taal, die zeer vlug kon evolueren, te gaan hervormen op gezag van een of ander systeem, ontworpen door een groep geleerden!

Men stelle zich voor wat moest gebeuren wanneer die twee systemen, die twee juridische werelden, met elkaar in botsing kwamen, men stelle zich de verwarring en de verstomming voor van de praktizijnen, wanneer men het recht dat sinds eeuwen het cement van het sociaal gebouw was geweest aantastte omdat het niet strookte met de even dikke als esoterische folianten van Justinianus en Azo. „Chi non ha Azzo, non va al Palazzo” moet hun wel vreselijk in de oren hebben geklonken, alsof men het recht dat de maatschappij regelt en de taal die de mensen spreken zo maar met enkele Latijnse citaten kon veranderen of door geleerde spitsvondigheden omzeilen, bederven en ontkrachten — het gekende verwijt aan het adres van de „Juristen, böse Christen!”

Hoe groot de ontsteltenis in traditionele juristenkringen is geweest en hoe scherp deze hebben gevoeld welke de aard van dit geleerde boekenrecht was, moge blijken uit de woorden van Maarten van den Bundere, een Gents praktizijn, geboren in 1451, overleden na 2 januari 1533, die de spreekbuis was van een hele school van costumieren. Maarten van den Bundere richtte zijn kritiek tegen het geleerde recht en tegen hen die er in zijn ogen de voornaamste dragers van waren, de raadsheren van de Raad van Vlaanderen. Deze laatsten stonden vijandig tegenover het gewoonterecht „dwelcke men stellen wilt buten zijnder ouder natuere ende fondatien”; van al die nieuwigheden zal weinig goeds komen, zo gaat Van den Bundere verder, die tot de conclusie komt dat de Heren van de Raad het er op aanleggen om de costume van Gent te wijzigen „naer tverstant van haerlieder boucken”. Zo klinkt zijn treffend verwijt: met boekengeleerdheid gaat men de aloude in de maatschappelijke orde gewortelde regels te lijf! De auteur kon geen goeds verwachten van dergelijke door intellectuelen ondernomen aanvallen op traditionele instellingen. Hij vertolkte een typisch conservatieve opvatting waar hij in 1510 schreef: „Tes meerder dueght ende wijsheide landen ende steden te laten huseerne van haerlieder rechten, privilegien, costumen ende usagen, niet wezende jeghen de gheboden ofte jeghen de verboden Gods, dan een volck bij nieuwicheden te stellene in murmuratien jeghen de ghone die

regieren, want uuter der murmurationen rijzen tweedrachten, discorden ende vele verdrieten ten laste van den paesivelen ende lettre dueghden comter af van zulcke nyeuwicheden"¹.

Deze botsing van de twee rechten heeft zich in de Zuidelijke Nederlanden in de 15e eeuw afgespeeld. Het is in deze eeuw dat men onder de rechters — en niet meer alleen onder hun klerken en pensionarissen — in niet onaanzienlijke mate geleerde juristen begint aan te treffen. In de Raad van Vlaanderen waren de universitaire juristen nog niet in de meerderheid in de eerste helft van de 15e eeuw. In het algemeen waren toen de edelen en de juristen met praktische opleiding het overwegende element in de hoge provinciale justitieraden. Later in die eeuw verandert dit. Het voorbeeld kwam van de hoogste centrale rechtbank van de Nederlanden, het Parlement van Mechelen (1473—'77), waar het overwicht van de geleerde juristen zeer opvallend is. Inderdaad, we vinden er naast de hertog, zijn kanselier, zijn chef de conseil en twee presidenten, de volgende leden: vier ridders niet-juristen, zes rekwestmeesters waarvan drie geleerde juristen, acht geestelijke raadsheren, allen universitaire, en twaalf conseillers-loiz, allen meesters; verder een eerste advocaat-fiscaal die meester was, een tweede die het niet was, een procureur-generaal en een substituut, beiden meesters, drie griffers, alle drie universitaire, en vier secretarissen, ook allen meesters. Verder waren er zelfs onder de zeventien deurwaarders nog twee meesters².

Voor de schepenbanken citeer ik volgende cijfers en datums. Op de schepenbank van Ukkel vinden we in een eerste fase (1197—1431) geen enkele geleerde jurist. Van 1431, datum van een hervorming van deze belangrijke schepenbank, tot het einde der 16e eeuw zijn er zestien op een totaal van 82³. In de stad Kortrijk verschijnt de eerste schepen met een academische titel in 1436, de volgenden verschijnen in 1457 en 1471. In 1471 zijn er voor het eerst twee schepenen-juristen op de negen⁴. Onder

¹ EG. I. STRUBBE, Het „Motyf nopende der costumen ende hysagen van den sterfhuuse van Ghend" door M. van den Bundere, in: *Handel. Kon. Com. Oude Wetten en Verord. v. België*, XVII, 1 (Brussel 1950), p. 24, 25.

² PH. WIELANT, *Antiquités de Flandre*, uitg. J. J. de Smet, *Corpus Chronorum Flandriae*, IV, Brussel 1865, p. 136—137.

³ J. GILISSEN, Le droit coutumier d'Uccle, in: S. BARTIER-DRAPIER, J. GILISSEN-VALSCHAERTS en S. PETIT, *Une commune de l'agglomération bruxelloise*, Ukkel-Brussel 1958, p. 239.

⁴ Cijfers ontleend aan de onuitgegeven verhandeling van J. BAUWENS, *Bijdrage tot de Geschiedenis der Stadsinstellingen van Kortrijk tot 1494*, Gent 1962.

de 143 middeleeuwse schepenen van Hoei, die we kennen, was er één enkele die universitaire studies had gedaan ¹. Voor de stad Gent citeren we voor de periode 1384—1468 volgende cijfers: in de meeste jaren is geen van de 26 schepenen geleerd jurist, in achttien jaren is er één, in negen jaren zijn er twee en in twee jaren zijn er drie geleerde juristen onder hen ². Onder de schepenen van het Souvereine Hof van Luik vinden we voor de hele Middeleeuwen slechts één geleerde jurist en dan was hij nog een lid van de kortstondige door Karel de Stoute opgerichte rechtbank ³.

Hoezeer de situatie in de loop van de 15e eeuw geëvolueerd is, kan men o.m. opmaken uit het prestige dat de universitaire studies in de rechten hebben bijgewonnen. Hoewel sinds lange tijd geleerde juristen in de omgeving van de vorsten en in dienst van de grote steden hadden gewerkt, bestond de grote meerderheid van het gerechtelijk personeel — zowel rechters als maners — nog in volle 15e eeuw essentieel uit mensen die door de praktijk waren gevormd, die „al doende hadden geleerd” en derhalve doordrongen waren van de geest van het autochthone gewoonterecht. Wel wisten de verstandigsten onder hen van het bestaan van de geleerde juristen af en vonden zij het normaal dat men in moeilijke gevallen bij die kenners van de „loyrechten” te rade ging, doch veel verder kwam men niet. Waar Jan van den Berghé bijvoorbeeld een moeilijk punt bespreekt van het instituut van de weduwgift, zegt hij: „Waer ic ghemaent van desen, ic zouder veurste up nemen ende binnen middelen tyden danof spreken met legisten, want ic meene datter de loyen of spreken ende zo wat zaken daer gheene costumen ter contrarie of zyn, dat es men sculdich te wysene naer gescreven rechten” ⁴.

Vandaar dat deze mensen het nog overbodig vonden om hun zonen op een openbare loopbaan anders voor te bereiden dan door een praktische opleiding, het aanleren van het officiële Frans (belangrijk in de Bourgondische tijd) en het verwerven van de manieren die in het milieu der hogere ambtenaren ge-

¹ M. YANS, *Les échevins de Huy*, Luik 1952, p. 179.

² Cijfers ontleend aan de onuitgegeven verhandeling van mej. F. BUVENS, *Het gerechtelijk leven der stad Gent, weerspiegeld in de staatsrekeningen (1384—1467)*, Gent 1963.

³ C. DE BORMAN, *Echevins de la Souveraine Justice de Liège*, 2 dln., Luik 1892—'99.

⁴ *Juridictien van Vlaenderen*, uit 1431—'39, p. 192, uitg. EG. I. STRUBBE, Jean van den Berghé, écrivain et juriste flamand, in: *Bull. Com. roy. anciennes lois et ordon. Belg.*, XII, 3 (Brussel 1926).

bruikelijk waren. Onze Gentse collega, E. I. Strubbe, heeft hierop de aandacht gevestigd, waar hij de figuur van de reeds genoemde Jan van den Berghe († 1439), auteur der *Juridictien van Vlaenderen* en man van de praktijk, heeft belicht. Van den Berghe is overtuigd dat de kennis van het gewoonterecht niet door boekenstudie wordt verworven, alleen de praktijk en de raad van mensen met ondervinding zijn hiertoe geschikt. „Zoo meer ghesien, so meer expert”, is zijn slagzin, m.a.w. men wordt meester in het recht zoals men meester wordt in om het even welk vak, door in de leer te gaan bij een oudere beoefenaar: „die houde lieden zijn sculdich in rechte de jonghe lieden te leerne”. Treffend is dan ook dat Jan van den Berghe er niet aan dacht zijn zoon Joos naar een universiteit te sturen, maar wel naar het hof van een adellijke dame, Johanna van Harcourt, die meestal te Béthune verbleef, opdat hij daar Frans en adellijke manieren zou leren ¹. En was dit ook niet de opleiding geweest van Philippe de Commynes, die tot een zeer hoge positie opklom dank zij zijn verstand en zijn ervaring, maar die geen universitaire studiën had gedaan en met bewondering en afgunst sprak van de geleerden die „a tous propos ont une loi au bec, ou une histoire” ²?

Maar in de latere 15e eeuw hadden de ouders reeds andere opvattingen. Vaders zien met scherpe ogen uit naar de beste loopbaan voor hun zonen en de manier waarop men die bereikt (of de zonen deze vaderlijke opvattingen delen is een andere vraag). Ziehier wat Willem van der Tanerijen († 1499), weer iemand die in de praktijk was gevormd en die tot een hoge positie in het gerecht was opgeklommen (net als Jan van den Berghe, zij het dit maal in het hertogdom Brabant en niet in het graafschap Vlaanderen), als de beste opleiding beschouwde voor zijn zoon Andries: de studie van Romeins en kerkelijk recht. De auteur van het *Boec van der loopender Practijken der Raidt-cameren van Brabant* besluit inderdaad de Proloog van zijn werk met een algemene oproep tot de ouders om hun kinderen naar de universiteit te sturen. Hij zegt zijn boek te hebben geschreven „hoepende ontwijfelijc dat alle leecke personen die dit boeck leesen selen, te meer geneyght selen wordden huer kinderen ter schoolen te seynden, ende die keyserlycke ende andere gescreven rechten in den universiteyten te doen studeren om

¹ EG. I. STRUBBE, De briefwisseling tussen Jan van den Berghe en Johanna van Harcourt, in: *Handl. Kon. Com. v. Geschied.*, CXXV (1960), p. 523, 524.

² G. CHARLIER, *Commynes*, Brussel 1945, p. 9.

alsoe doctoren ende clercken van rechte te mogen wordden" ¹.

Deze ommekeer is wel erg treffend, want het is niet alleen een andere methode om het recht aan te leren die hier wordt geprezen — universitair-theoretisch i.p.v. praktisch —, het is de studie van een ander recht, het geschreven, geleerde recht in plaats van het traditionele in de praktijk gegroeide: boekenrecht in plaats van gewoonterecht! In versneld tempo zouden de justitieraden en de lokale rechtbanken met deze geleerden worden bezet ²; het is dan ook niet verbazend dat uit de costumiere hoek vijandige reacties kwamen: wat wisten die met boekenwijsheid gevulde hoofden van het werkelijke recht van hun medeburgers af, wanneer ze van de universiteit terugkwamen en onder de rechters of officieren van justitie gingen plaats nemen? ³ Hoe stonden ze tegenover dit kluwen van gewoonten, gebrekkig of helemaal niet beschreven, laat staan gecommenterd? Moest het hun ambitie niet zijn het superieure gemene geschreven recht te doen zegevieren? Deze botsing tussen gewoonterecht en geleerd recht heeft dan ook plaats gehad.

In de 2e helft der 14e eeuw begonnen schepenbanken in moeilijke gevallen geleerde juristen te consulteren. In 1369 namen de stadsschepenen van Ieper, die in de costume geen oplossing vonden, het besluit zich „bi rade van mesters van loyen" te

¹ Uitg. EG. I. STRUBBE, I, Brussel 1952, p. 3.

² Ziehier bijv. de samenstelling van de Raad van Vlaanderen in 1483: Mer Pauwels de Baenst, president, Brugensis, heere van Vormzele; edele: mijn heere van Pamele, resident t'Audenaerde, mijn heere van Moerbeke, Westvlaenderen; raedsheren ordinaire: meester Phelips Wieland, Ghentenare, meester Gheerolf vander Haghe, meester Jan Pieters, meester Jan van den Broucke, meester Joos Beysel; commissarissen: Jaspar van Primesques, meester Godevaert Hebbelinc, meester Pietre de Wale, meester Pauwels van Provin, Jacop Loysier; procureur fiscael: meester Jacop de Smitere; advocaat: meester Berthelemieux van Masseme; ontvangher van den exploiten: meester Jan Boulin; greffier: meester Jooris Baert Ghentenare; notaris: Ywein van Vaernewyc, Ghentenare (volgen nog zestien deurwaarders, een „deurwaerder van der camere" en zeven „messagiers van der camere", geen van allen is meester). Hier vinden we dus naast de president en de twee „edele" niet minder dan twaalf meesters op een totaal van vijftien raadsheren, leden van het openbaar ministerie en hoger administratief personeel van de Raad (Gent, Rijksarchief, Fonds Raad van Vlaanderen, 2415, f° 231, a° 1483). Een licht afwijkende lijst werd naar een andere bron afgedrukt en kort gecommenterd in EG. I. STRUBBE, De verordening van 1483 voor den Raad van Vlaanderen, in: *Annales de la Société d'Emulation de Bruges*, LXXIV (1931), p. 162—164.

³ Cf. de ironische klachten op dit stuk uit een latere tijd in G. DE GHEWIET, *Methode pour étudier la Profession d'Avocat*, art. 2, in: *Institutions du droit belge*, II, Brussel 1758, p. 403—404.

laten voorlichten. Ze consulteerden geleerde juristen en spraken vonnis „na dat de loyen ende de gescreivene rechten wijzen ende houden”. Een analoog geval kwam weer voor te Ieper in 1381. In beide gevallen waren het de schepenen zelf die het initiatief tot deze consultatie hadden genomen. In een analoog geval dat zich te Antwerpen in het begin der 15e eeuw voordeed, was het één der partijen die zich op het geleerde recht beriep en een schriftelijk advies voorlegde.¹ Dit was voor belangrijke schepenbanken, die geen „hoofd” hadden en dus niet ten hoofde konden gaan wanneer „zijs niet vroed waren”, een begrijpelijke uitweg.

In de loop der 15e eeuw kwamen stilaan meer geleerde juristen onder de schepenen voor en in de tweede helft der eeuw werden ze talrijk in de centrale en provinciale justitieraden. De stichting van de Universiteit te Leuven had tot gevolg dat meer jongelui rechten konden studeren dan vroeger. Zij waren het o.m. die de plaatsen in het gerecht gingen innemen, vooral dan in de justitieraden die als beroepshoven fungeerden. De kans bestond dan ook, rond 1500, dat het geleerde recht voetstoots zou worden geïntroduceerd, eerst in de hogere justitieraden en als gevolg daarvan overal in den lande, waar men niet wenste alle vonnissen in beroep gewijzigd te zien worden. Het Duitse voorbeeld toont hoe reëel deze mogelijkheid was. Men vergete trouwens nooit dat ook het middeleeuwse Romeinse recht was geëvolueerd van een wereldvreemde studie van een superieur doch irrelevant systeem, dat om zichzelf werd bestudeerd (een soort *art pour l'art* houding), tot een recht dat met de structuur en de behoeften van eigen tijd rekening hield en voor toepassing in de praktijk in aanmerking kwam.

Er is rond die tijd een werk voltooid dat in dit licht dient te worden gezien, nl. de reeds genoemde *Loopende Practijcke* van Van der Tanerijen. Dit boek, waarvan de redactie in 1496 werd voltooid, is een merkwaardig exposé in het Nederlands van de doctrines van het geschreven recht, dat sommigen wel liever hadden zien toepassen dan de wirwar van de lokale en regionale costumen. In hoever het boek inderdaad de praktijk van de Raad van Brabant weerspiegelt, is alsnog niet uit te maken, omdat de archieven van die Raad nog te weinig bestudeerd zijn; zeker is dat het boek een voortreffelijk exposé is van het gemeen ge-

¹ EG. I. STRUBBE, Der receptie in de Vlaamse rechtbanken van midden veertiende tot einde vijftiende eeuw, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIX (1961), p. 447 vv.

schreven recht, vnl. op het gebied van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht.

De confrontatie der twee rechtssystemen is in de Zuidelijke Nederlanden echter een andere weg opgegaan. In plaats van een overname in blok van geleerd recht is men de weg opgegaan van de homologatie der costumen: men heeft in navolging van Frankrijk het gewoonterecht op schrift gesteld op bevel van de vorst en deze teksten, soms echte omvattende codificaties, zijn door het staatsgezag als wet afgekondigd. Overwinning dus van het gewoonterecht? Ongetwijfeld, doch met beperkingen. Het aantal costumen werd gereduceerd met het oog op een zekere rationalisatie en unificatie, ze werden door academisch geschoolde juristen bijgewerkt en in de meeste costumen werd ook gestipuleerd dat op het geleerde recht zou beroep worden gedaan telkens als de costume zweeg. Het geleerde recht was de ultima ratio: het speelde thans tegenover het gewoonterecht de aanvullende rol die het reeds eeuwen vroeger tegenover het kanonieke recht had gespeeld. Zo had Filips de Goede het reeds voorgeschreven bij de bevestiging der costumen in Bourgondië. Aldus werd in de 16e eeuw het pleit beslecht: de Zuidelijke Nederlanden zouden blijven wat ze waren, een land van gewoonterecht en particularisme, zij het dan getemperd door een sterke geleerde invloed, uitgeoefend door academisch gevormde rechters en auteurs. Het oud-Belgische recht is in wezen costumier geweest en gebleven, ondanks een zekere substantiële invloed van het geleerde recht, vnl. in het verbintenissenrecht, en ook een sterke formele invloed (men vergelijk de kwaliteit van het exposé uit latere tijden met de soms zeer stuntelige pogingen van onze vroegste rechtsboeken); al is die dan weer ten koste van de autonome ontwikkeling van de Nederlandse rechtstaal uitgeoefend¹.

Na het hoe, het waarom: geen historische studie is volledig zonder de vraag naar de factoren. Het is duidelijk dat de beslis-

¹ Ziehier twee uittreksels uit de Nederlandse tekst van de ordonnantie voor de Raad van Vlaanderen uit 1483 — waarbij in het midden wordt gelaten of de leenwoorden rechtstreeks uit de Latijnse teksten dan wel onrechtstreeks langs het officiële Frans van de Bourgondische administratie is overgenomen: „Naer litiscontestacie alle delayen zullen zijn peremptoire zonder dat thof meer useren zal te ghevene delayen meer dan ordinaire” (c. 85); „in materien van anticipacien of deserrien van appelle, eist dat de appellant gheanticipeert niet en comt, de appellacie werdt metten tweetsten deffault met inthimacie ghehouden voor deserte . . .” (c. 110) (uitg. EG. I. STRUBBE, De verordening van 1483 voor den Raad van Vlaanderen, in: *Annales de la Société d'Emulation de Bruges*, LXXIV (1931), p. 177, 180.

sende stap is gezet geworden wanneer men heeft besloten de lokale en regionale costumen te homologeren, want dat betekende dat de voortaan schriftelijk vastgelegde costumen dwingende rechtskracht hadden voor de rechtbanken. De voornaamste verdienste van deze maatregel was dat hij een einde stelde aan de heersende rechtsonzekerheid, die was veroorzaakt enerzijds door de frequente onzekerheid wat precies de costume was (aanleiding tot de omslachtige turbe-procedure) en anderzijds door de onzekerheid in welke mate men geleerd recht kon toepassen en wat moest gebeuren bij ontstentenis van (duidelijk) gewoonterecht. Het was klaar dat iets moest gebeuren, ofwel het voetstoots invoeren van het geleerde recht als gemeen recht voor de „Landen van herwaarts over” ofwel het homologeren van het costumiere recht. Beide operaties beantwoordden ook aan de algemene trend naar *Verwissenschaftlichung*, die door de voortschrijdende ontwikkeling en o.m. door de verspreiding van het gedrukte boek, werd ondersteund.

Dat de beslissing in het voordeel van de homologatie van de costumen is gevallen, houdt o.i. verband met twee omstandigheden, nl. het hoge peil dat het gewoonterecht in onze gewesten had bereikt en bepaalde fundamentele reflexen van de oude Nederlandse maatschappij tegenover alle unificerende en centraliserende politiek van de landsvorsten. Rond 1500 had ons autochtoon recht reeds een hele evolutie achter de rug. Vanaf de 12e eeuw kunnen we een ononderbroken proces van modernisering en adaptatie volgen waardoor het gewoonterecht zijn primitieve trekken had verloren om rond 1500 tot de meest geëvolueerde in Europa te behoren. De openheid van onze maatschappij, dank zij de grote steden voortdurend in contact met de nieuwe stromingen uit alle richtingen (soms ook romeinsrechtelijke), is daarbij een belangrijke factor geweest. Mits de formele adaptatie en de materiële aanvulling door de homologatie doorgevoerd, kon het voor zijn tijd als een adequaat recht worden beschouwd. Het beantwoordde ook aan het fundamentele particularisme van het land. Het eigen gewoonterecht was een palladium van de lokale of regionale autonomie. De schepenbanken van de grote steden hadden als hoofd van kleine steden en van plattelandsrechtbanken en door de uitoefening der willige rechtsmacht voor hele gewesten functies vervuld die elders door het centrale staatsgezag werden uitgeoefend. Romeins recht, soevereine vorstelijke justitieraden, centralisatie en unificatie: zoveel aspecten van eenzelfde vorstelijk streven naar steeds groter

gezag. Karel de Stoute, de veroveraar van Luik, had in de ongelukkige stad de aloude costume afgeschafft en vervangen door het Romeinse recht, kortstondige maatregel, maar veelbeteknend ³⁵.

Verder dan deze enkele overwegingen is het ons thans onmogelijk geweest te gaan, wegens het gebrek aan detailstudies. Dat het ons mogelijk is geweest zo ver te geraken is voor een goed deel te danken aan het belangrijke werk dat in de laatste jaren vnl. door onze collega's Feenstra uit Leiden, Gilissen uit Brussel en Strubbe uit Gent is verricht geworden ³⁶. Ook de invloed die uitgaat van de Nederlands-Belgische studiegroep voor de geschiedenis van het Romeinse recht in onze gewesten, waarvan we de oprichting danken aan het initiatief van prof. Feenstra, dient hier vermeld. Een Nederlands-Belgisch geleerd genootschap voor de studie van de instellingen en het recht der Oude Nederlanden bestaat er niet, doch het mag gezegd dat in genoemde studiegroep reeds belangrijk werk is gepresteerd. ^{(32) 2:43}

Na een voorlopig dankwoord van de *voorzitter* aan de spreker, verzoekt hij de vergadering om de discussie te openen.

Prof. *Coolhaas*, teruggrijpend op juridische ervaringen, herinnert eraan, dat zijn leermeester prof. Van Vollenhoven, de strijder voor het adatrecht in het voormalig Ned. Indië, twee grondslagen voor het recht placht aan te geven, wettenrecht enerzijds en levend recht, nl. een recht dat zich weet aan te pas-

¹ Art. 4 van de uitspraak van 28 november 1467 van Karel de Stoute over de verslagen stad Luik zegt: „Item que lesdis eschevins a la semonce dudit maire seront tenus de jugier les causes et proces qui seront devant eulx selon droit et raison escripte, sans avoir regart aux malvais stieles, usaiges et coustummes selon lesquelles lesdis eschevins ont aultrefois jugiet; et seront iceulx mauvais stieles usaiges et coustummes abolis et les bonnes coustummes qui ne seront trovees contre droit et raison seront gardés sy avant quelles seront par mondit seigneur le duc et mondit seigneur de Liege trouvees necessaires et prouffitables pour le bien de ladicte cité. Et miesmement est et sera abolie la coustumme que les dis de la cité ont eu de tenir pour previleiges et pour status perpetuel ce que loy sauve et garde et dont ne sera plus usé (S. BORMANS, *Recueil des ordonnances de la principauté de Liège*, 1^e série, Brussel 1878, p. 618). Zie voor de terugkeer naar het gewoonterecht bij de afschaffing van het Parlement van Mechelen in 1477: P. FREDERICQ, *Essai sur le rôle politique et social des ducs de Bourgogne*, Gent 1875, p. 186.

² Van de oudere literatuur blijft bijzonder belangrijk: W. MODDERMAN, *De receptie van het Romeinsche regt*, Groningen 1874, en P. VAN HEIJNSBERGEN, *De receptie van het Romeinsche recht in de Nederlanden*, in: *Verspreide Opstellen*, Amsterdam 1929, p. 293—322.

sen, anderzijds. In sprekers praktische ervaring bij de rechtspraak in Ned. Indië manifesteerde dit zich als volgt. Men kreeg van doen met adatrecht, mohammedaans geschreven recht, en met Nederlandse wetten. De voorzitter van het rechtscollege werd gesecondeerd door een adviseur van beide richtingen. Na dezen gehoord te hebben vatte de president samen. Ten gerieve van de moslimse adviseur merkte hij dan op dat de zaak inderdaad zo lag volgens het recht van God, maar de omstandigheid, dat het ging over zondige mensen, gebod hem een andere norm aan te leggen. De tweede adviseur had echter uit te gaan van de Nederlandse wetgeving en kwam zodoende wél te staan voor een collisie tussen recht en billijkheid. Prof. Coolhaas' vraag luidt derhalve: of het levende recht van het rechtsbewustzijn, waarmede hij als tweede adviseur ook werd geconfronteerd, niet altijd in de verdrukking komt door het boekenrecht.

Prof. *Van Caenegem* ziet hier de *aequitas* weer ten tonele gevoerd, machtig wapen, steeds opnieuw in stelling gebracht in de oude controverse tussen rechtsbewustzijn en rechtsgevoel enerzijds en het geschreven recht anderzijds. Met de billijkheid kan men alle kanten uit, want zij geeft een willekeurige macht en werkt als een soort *deus ex machina*. Het advies van een oude rot aan een jongeling in het vak luidde dan ook, dat hij, als hij nergens meer uitweg zag voor het handhaven van zijn stelling, een beroep moest doen op de „eeuwige” principes van de billijkheid. Wat de Nederlanden ten deze in de behandelde periode laten zien, geeft geen enkele aanwijzing in de richting van de billijkheid. Rechtzekerheid verlangde men. Dit was de enige bekommernis dezer justitiabelen. Deze werd gevonden in de costumiere regels, die desnoods werden bepaald door een „turbe”.

Mr. *Den Tex* vraagt of er misschien tegenspraak zit in het slot van inleiders betoog, of dat er misverstand zijnerzijds bestaat. De keuze immers tussen handhaving van het costumiere recht of receptie van Romeins recht zou samenhangen met of worden bepaald door sterkere centralisatie of neiging tot particularisme. Centralisatie zou hand in hand gaan met receptie. Vergelijkt men nu de omliggende gebieden van de Nederlanden, dan blijkt in een sterk gedecentraliseerd Duitsland de receptie opgang te maken en staat men in het sterk op centralisatie gerichte Frankrijk juist afwijzend hier tegenover.

Prof. *Van Caenegem* constateert, dat hij wat dieper op de zaak in moet gaan dan hij in zijn conclusie deed, wil hij dit verduidelijken. Wat Duitsland aangaat zijn er twee factoren in het spel.

In tegenstelling met onze streken is het recht er minder geëvolueerd en draagt het er nog meer een archaisch karakter. Verder heeft men er veel sterker moeten adapteren en heeft men onder de drang van die omstandigheden gegrepen naar een regeling „aus einem Guss”, „de receptie”, waarvan de oprichting van het Reichskammergericht in 1495 een duidelijke neerslag vormt. Frankrijk kent ook een bijzondere situatie. De voorkeur voor het costumiere- en de officiële afkeer voor het Romeinse recht — men denke aan de houding van het Parlement van Parijs — hangt samen met de afkeer van de Franse kroon voor wat des keizers is. Dit in tegenstelling tot Duitsland waar de machthebbers er de mond van vol hebben als basis en theorie voor hun eigen aspiraties. Nederland heeft dan een sterk ontwikkeld rechtsbestel en is weinig tot receptie geneigd. Spr. verwijst naar de poging van Karel de Stoute om te Luik uniform, Romeins recht in te voeren. Geheel anders echter zou de casuspositie geworden zijn, indien Karels aspiraties naar het koningschap vervuld waren geworden.

Dr. *Van Buijtenen* zegt zich erover te verwonderen dat er, ondanks de sterke positie van de clerus, kennelijk geen sprake is van een bevordering van de receptie via het kanoniekrechtelijk bestel. — Prof. *Van Caenegem* antwoordt dat — ondanks de vaker geuite veronderstelling, dat er een toekeer zou zijn geweest van het wereldlijk naar het kerkelijk recht, omdat het laatste beter zou functioneren — daarvan niet veel valt te bemerken. De stedelijke rechtbanken vooral hebben zich vroeg ontwikkeld en eigen rechtsregels gevormd, hetgeen een sterk tegenwicht heeft gegeven. In Friesland lag de toestand echter heel anders.

Prof. *De Smidt*, de laatste duizend jaar rechtsontwikkeling overziende, constateert dat twee problemen daarin scherp naar voren komen, nl. dat van de codificatie enerzijds en het raadsel van de receptie anderzijds. Hij uit zijn bewondering over de wijze van stellen door de inleider van het raadsel en de proeve van oplossing, samenhangend met de „Verwissenschaftlichung” van het levenspatroon, waardoor de „geleerde” juristen het pleit wonnen op de praktizijns. Naast dank als rechtshistoricus spreekt hij deze uit als jurist om de afrekening door de spreker met het rechtsbewustzijn. Verder onderschrijft hij gaarne de mening van de inleider, dat onder gewoonterecht soms wettenrecht of jurisprudentie schuilgaat. Hij wijst hierbij op St. Pietersdag (22 februari) als oude betalingstermijn, welke in Friesland door de in 1700 ingevoerde tijdrekening verhuist naar 5 maart. Tenslotte

spreekt hij er zijn verheugenis over uit, dat het onderzoek naar de receptie nu op Europees niveau wordt bedreven. In Noord- en Zuid-Nederland bestaat hiervoor een kleine werkgroep. Vooruitlopend op een studie van mejuffrouw mr. Reitsma, die na mr. drs. Andries het onderzoek in het archief van de Grote Raad van Mechelen voortzette, deelt hij mede, dat voor 153 dossiers de volgende percentages konden worden vastgesteld: 60% van de verwijzingen gaat naar het Romeinse recht (*Corpus Juris, Digestum en Codex*), 20% naar het kanoniek recht (*Corpus J.C.; Decretalen, Liber VI*) en 16 à 17% naar de auteurs. Het beroep op schrijvers is dus vrij beperkt. Wel dient men erop te letten in welke zaken een beroep op deze bronnen wordt gedaan, maar hierover staat nog weinig vast. Het beroep op Romeins recht vindt meestal plaats waar het gaat over jongere wetten bijv. in het einde van de 15e eeuw over het muntplakkaat. Dit ligt eigenlijk ook voor de hand.

Prof. *Van Caenegem* dankt voor deze interventie en de geboden primeur inzake het onderzoek over de Grote Raad van Mechelen. Zijnerzijds hoopt hij een begin te maken met een gelijk onderzoek over de Raad van Vlaanderen in de 15e eeuw, mogelijk geworden door het verschijnen van de inventaris van Buntinx, om na te gaan op welke bronnen in de pleidooien een beroep wordt gedaan. Uitdrukkelijk wil hij nog eens vaststellen, dat een onderzoek naar het probleem van de interpenetratie niet van louter academisch belang is. Het is in allerlei landen, bijv. in de jonge Afrikaanse staten, een hoogst actueel probleem. Daar gebeurt met de *Code Civil* en de *Common Law* o.a. hetzelfde als hier in de 15e eeuw met tot in details soms hetzelfde verloop. Zaken die in de jonge landen thans op andere basis moeten worden gesteld, regelt men krachtens een nieuw verbintenissenrecht, terwijl betrekkingen die van oudsher sterk aan traditie waren verbonden, als erfrecht en familierecht, nog „bij maniere als van ouds” behandeld worden.

De voorzitter stelt in zijn dankwoord met genoegen vast, dat zijn collega De Smidt de betekenis van deze voordracht wel op volmaakte wijze heeft geanalyseerd, dusdoende de voorzitter vakkundig en vlijmscherp het gras voor de voeten wegmaaiend. Gezien de grote waarde van de geboden studieresultaten, moet het haast spijtig heten, dat door het bestuur bij wijze van pendant niet eenzelfde onderzoek voor Noord-Nederland al thema is gekozen voor de middagvergadering.

Met dank aan de inleider en aan degenen, die tot de discussie

hadden bijgedragen, schorst de voorzitter te 12.40 uur de vergadering.

Na de koffiepauze, te ruim twee uur, geeft de voorzitter het woord aan dr. J. W. Schulte Nordholt (Wassenaar) voor zijn voordracht over: Nederlanders in Nieuw Nederland.